POR
DON IVAN
DE LA GVERRA
Y AGVILAR,

REGIDOR PERPETVO DE LA CIVDAD de Ecija.

EN EL PLEYTO

CON DON DIEGO ISIDRO DE LA GVERRA:

SOBRE

La possession del Vinculo, y Mayorazgo, que del tercio, y quinto de sus bienes fundaron Iuan de la Guerra, y Doña Luisa Loçano de Aguilar sus Padres.



Impresso en Ecija, por Iuan Malpartida de las Alas. Año de 1653.

HECHO.



VAN de la Guerra, y Doña Luisa Lozano su muger en 4. de Março del Año de 1640 por escriptura ante Roque de Santa Maria Escriuano publico, fundaró vinculo, y Mayorazgo de el tercio, y quinto de los bienes de vno, y otro, especificandolos, y entre ellos señalando vna heredad de 170. arançadas de oliuar, con su Molino, y Caserias en el termino desta Ciudad, pago caleras, y mingo Andres, linderos notorios: hizieron ciertos llamamientos, y el primero en fauor de Don Iuan de la Guerra su hijo legitimo, y entre otras clausulas dizen: *Otro si es declaració, y condicion expressa que esta dicha mejora, vinculo, y mayorazgo lo hazemos en el dicho Iuan Guerra, nuestro hijo legitimo, y demas llamados, con particular cuydado que a de quedar, y queda en nos reseruado el gozo, y fruto de los bienes del por los dias de nuestra vida, y del vltimo que de nos muriere y expressa facultad a mi el dicho Iuan Guerra para que cada, y quando que me pareciere por mi Testamento, o en otra manera lo pueda alterar, mudar, y reuocar en todo, o en parte, assi en las condiciones, grauamenes, y llamamientos, que è de poder hazer sin que a ninguno de los llamados se le adquiera derecho y assi mismo sacar los bienes que me pareciere, o entrar otros sin limitacion alguna, &c.*

Otorgó despues su Testamento con cuya disposició murió la dicha Doña Luisa Lozano de Agular en 6. de Diziembre del dicho año de 1640 por ante el mismo Roque de Santa Maria Escriuano publico, y en la clausula de institucion de herederos, instituyendo a sus hijos, prosigue: *A los quales establezco, y señalo por mis legitimos, y vniuersales herederos en el dicho remanente de mis bienes: guardando los susodichos en todo acontecimiento el vinculo, que entre yo, y el dicho mi marido tenemos fecho ante el presente Escriuano.*

Muerta la dicha Doña Luysa Lozano el dicho Iuan Guerra por su Testamento, que otorgó ante Luis de Eslaua Escriuano publico en 14. de Março de 1649. años, haziendo relacion del Vinculo, y Mayorazgo referido, y vsando de la facultad, que dize le auia dado la dicha Doña Luysa, su muger para a terarjo enmedar, diminuir, o crecer los llamamiẽtos, y bienes del dicho vinculo lo bolviò a fundar de nueuo del tercio, y remaniẽte de quinto de todos sus bienes, y de los de la dicha su muger (aunq̃ diminuyò de los de la fundacion del vinculo muchos) señalando entre otros bienes la dicha heredad de oliuar, Molino, y caseria pago caleras, y Mingo Andres, y nombró por primero llamado al dicho Don Iuan Guerra para que por via de mejora de tercio, y quinto, gozase vinculados los bienes, que menciona en el dicho Testamento, declarando que esta era su voluntad, y la que auia tenido, y tubo la dicha Doña Luisa su muger, y q̃ si los dichos bienes mẽcionados en aquel su Testamento excediessen del tercio, y quinto d̃ los del dicho Iuan Guerra, y su muger se le imputassen al dicho Don Iuan mejorado en quenta de sus legitimas, y que el tal excesso quedasse assimismo sujeto a vinculo, como, y con las mesmas prohibiciones, y llamamientos que la mejora de tercio, y quinto. Al otorgamiento de este Testamento se halló presente Don Iuan Guerra hijo mejorado, y aceptó la mejora en la forma que quedaua hecha, y jurò como en contrato perpetuo, no contradezirla.

Por el mes de Enero del año passado de cinquẽta y vno el dicho Iuan Guerra otorgó otro testamẽto nuncupatiuo por ante Alonso Bermudo Cortés Escriuano publico, y haziendo relacion de la escriptura de fundaciõ del dicho vinculo, otorgada por el, y por la dicha Doña Luisa Lozano su muger en el año de 1640. dize, que vsando de la facultad, que la dicha su muger le auia dado, hazia, y fundaua el mismo vinculo (bien que minorando algunos bienes de los expressados en el Testamento antecedente) y entre los que expressò para el dicho vinculo fue

el

el heredamiento de oliuar, y Molino referido pago Caleras, y Mingo Andres; nombrando al dicho Dõ Juan Guerra por primero llamado, segun, y en la forma que en el Testamento antecedente; el qual dicho Don Iuan hallandosse presente a este vltimo aceptó el Vinculo, y mejora, y hizo juramento de no cõtradecirlo, como lo tenia hecho en 14. de Março del año de 49.

Otorgaron el dicho Iuan Guerra, y Antonio de los Reyes Almoguera escriptura de Capitulaciones para el matrimonio que despues se contrajo entre el dicho Don Iuan Guerra, y Doña Eluira de Vmanes y Aumada sus hijos, por ante el dicho Alonso Bermudo Cortès Escriuano publico en 28 de Febrero del año de 1651. y entre otras clausulas dizen: *Y por quanto yo el dicho Iuan Guerra, y Doña Luisa Lozano me muger difunta otorgamos vna escriptura por ante Roqui de Santa Maria Escriuano, por la qual mejoramos a el dicho Don Iuan nuestro hijo mayor en el tercio, y quinto de nuestros bienes por via de Vinculo, y Mayorazgo, con ciertas clausulas, y condiciones, y vna dellas fue; que cada, y quãdo quisiesse, y tubiesse voluntad yo el dicho Iuan Guerra pudiesse anullar, è dar per ninguno el dicho vinculo, y mejora en todo, o en parte, y mudar, y alterar sus llamamientos, y condiciones como me pareciera. Es capitulacion expressa, y particular que yo el dicho Iuan Guerra apruebe la dicha escriptura, y por mi, y la dicha mi muger haga la dicha mejora de tercio, y remaniente de quinto de mis bienes, y de los de la susodicha en fauor del dicho Don Iuan mi hijo, y de sus subceßores, y declarar, y declare que en virtud de la dicha facultad, que la dicha Doña Luisa mi muger me diò, è concediô por la dicha escriptura, y de la facultad del derecho hago la dicha mejora del dicho tercio, y remaniente de quinto de los bienes de ambos a el dicho Don Iuan, y sus subcessores, y para en pago, y satisfacion della le doy, y entrego los dichos bienes expressados con las calidades, y en la forma que irà declarado en esta escriptura.*

Es declaracion, que por quanto el dicho Iuan Guerra otorgante por su vltimo Testamento, que hizo, y otorgò ante el presente Escriuano, por fin del mes de Enero paßado de este

este año, y en el dicho Testamento hizo la dicha mejora de tercio, y quinto de sus bienes, y de los de la dicha su muger en el dicho Don Iuan su hijo. Es declaracion que el dicho vinculo, y mejora sea a el susodicho, y a sus subcessores legitimos, y lo confirma, y aprueba por esta escriptura con los grabamenes, obligaciones, llamamientos, prohibiciones, enagenaciones, y clausulas que de fuero, y de derecho debe, y puede, y con las mismas que se contienen, y expressan, y declaran en el dicho Testamento, las quales en todo tiempo, se han de guardar y cumplir a la letra, saluo las que se encontraren con esta escriptura, y su disposicion como irâ declarado, y para en quãto a el dicho vinculo fecho en el dicho Testamento no lo ha de poder reuocar, ni anullar en todo lo que se conforma con esta escriptura.

Despues desta dize otra clausula: *Es capitulacion expressa que la dicha mejora de tercio, y quinto de sus bienes, y de los de la dicha Doña Luisa su muger, y el dicho vinculo â de ser permanente siempre, firme, estable, y valedero para siempre, y el dicho Iuan Guerra otorgante por ningun caso, ni accidente que sea, ni subceda no â de poder reuocar, ni anullar la dicha mejora de tercio, y remaniente de quinto en todo ni en parte alguna en la conformidad que va declarado.*

Dize otra clausula: *Iten es capitulacion expressa, que el dicho Iuan Guerra otorgante â de gozar de la administracion, y vsofructo de toda la dicha heredad, Molino, y casserias, que està en la dicha senda Chiclana, y pago de las caleras, y siempre que le parezca durante su larga vida â de tener eleccion, y poder nombrar a vno de los demas sus hijos, o nietos, que tiene, o tubiere, y quisiere, y señalare, y a el dicho D. Iuan Guerra si quisiere, para q̃ goze la dicha administracion, y vsufructo de la dicha heredad Molino, y caserias despues de la vida del dicho Iuan Guerra otorgante por la vida del que señalare, y nombrare, ecepto; que si eligiere nombrar a el dicho Don Iuan en la dicha administracion, y vsofruto, desde el dia que le señalare, y nombrare el susodicho â de entrar gozando dello, no embargante que el dicho Iuan Guerra otorgante no aya muerto, y en tal caso los demas sus hijos, y nietos del dicho otorgante; no han de pretender, ni pedir el dicho nombramiento; porque siempre se ha de entender que el dicho Iuan Guerra otorgante â de*

hazer

hazer su voluntad nombrando, o dejando de nombrar, y segun, y como lo dispusiere, y mandare se à de guardar, y cumplir por sus hijos, y nietos

Todos los tratados de las dichas capitulaciones se efectuaron en las casas del dicho Iuan Guerra entre el susodicho, y Antonio de los Reyes Almoguera, y para su otorgamiento por parte del dicho Don Iuan, y Doña Elvira se vino à las casas del dicho Antonio de los Reyes, à donde estauan, y otorgarō assi: *Y los dichos Don Iuan de la Guerra, y Aguilar, y Doña Eluira de Ahumada y Almoguera auiendo oido, y entendido esta escriptura de promessa y entrego de bienes vinculo, y capitulaciones, llamamientos, y declaraciones della, dijeron, que la aceptaban en su fauor segun, y como en ella se contiene, y las aprueban, y ratifican,*

Y continuando en el dicho otorgamiento dizen: *Y por ser el dicho D. Iuā mayor de veinte y vn años, y la dicha Doña Eluira mayor de diez y nueve; ambos menores de veinte y cinco; siendo como son sabidores que el juramento a el menor le representa, y le haze mayor, juraron à Dios, y a la Cruz en forma de derecho de auer por firme esta escriptura, y la que dispusiere el dicho Antonio de los Reyes, sobre el Vinculo, y no la contradezir, ni innouar por la dicha su menor edad, ni por otra causa, que sea, y de derecho nōs cōpeta.* Y fenece el cōtexto de la dicha escriptura assi: *Y el otorgamiento de los dichos Iuan Guerra, y Antonio de los Reyes fue estando en las Casas del dicho Iuan Guerra, y el del dicho Don Iuan, y Doña Eluira estando en las Cassas del dicho Antonio de los Reyes; siendo de ambos testigos presentes, &c.*

En cinco de Otubre del Año de cinquenta y dos el dicho Iuan Guerra, y Doña Ana Cubian viuda de Francisco de Soria, y el Lic. Nicolas de Soria Presbitero, y Doña Francisca de Soria hermanos otorgaron escriptura de capitulaciones para el matrimonio, q̄ despues tubo efecto, entre D. Diego Isidro de la Guerra, y Doña Ana Cubiā y Pacheco por ante Alonso Bermudo Cortes Escriuano, y haziēdo relacion en la dicha escriptura el dicho Iuan Guerra de la reserua, que tenia para nōbrar despues de su vida;

 cera

otra la que quisiesse de sus hijos en el vsofructo de la dicha heredad, y Molino pago caleras, y Mingo Andres, dize: *Por tanto desde luego el dicho Iuan Guerra para en fin de los dias de su vida nõbra para el gozo, y vssofructo de la dicha heredad, y Molino a el dicho Don Diego Isidro de la Guerra su hijo para que el susodicho goze de todo ello por los dias de su vida y no mas, el qual dicho vssofructo el dicho Don Diego de la Guerra lo a de auer, y llebar de mejoria, y mas caudal de las legitimas, que le pertenecen, y pueden pertenecer por fallecimiento de los dichos Iuan Guerra, y Doña Luisa Lozano y Aguilar sus padres, estimado en quatro mil ducados el dicho vsofructo.*

Despues de la dicha escriptura de capitulaciones otorgó otra de Capital, y entrego de bienes el dicho Iuan Guerra en fauor del dicho Don Diego Isidro en veinte y ocho de Mayo deste presente año de cinquenta y tres, por ante Alonso Bermudo Cortès Escriuano, y entregandole entre otros bienes el vsofructo de la dicha heredad, y Molino, dize: *El qual dicho vsufructo â de auer, y llebar el dicho Don Diego Isidro de la Guerra, y desde luego se lo mando de mejoria mas que a los demas mis hijos, y en aquella via, y forma que mejor puedo, y à lugar de derecho en precio de quatro mil ducados.*

Auiendosse pedido por Don Iuan de la Guerra possession del Vinculo, y Mayorazgo, que dejaban fundado sus padres por sus Testamentos, y disposicion, se contradijo por Don Diego Isidro su hermano; pretendiẽdo tenia depẽdencia este juyzio del de particion de las herencias de los dichos sus Padres, à donde se debia liquidar lo que tocaua a el tercio, y quinto, que era en lo que podia cõseruarse el Vinculo.

Pidiòse por el dicho Don Diego Isidro como heredero del dicho Iuan Guerra por pleyto, y autos distintos, la possession del dicho vsofructo en virtud de la escriptura de capitulaciones otorgada para el matrimonio del dicho Don Iuan su hermano con la dicha Doña Eluira, y en virtud de la escriptura, que va referida de capital, y del nombramiẽto que en el dicho vsofructo le hizo el dicho su Padre en Codicilio

cerrado

cerrado, que otorgò ante Alonso Bermudo Cortès en doze de Septiembre del año passado de cinquenta y dos, y contradicha por Don Iuan su hermano, y pedida acomulacion de vnos, y otros autos de posse-sion se hizo, y acomulados le probeyó auto q̃ manda

AVTO.

Que se le dè la possession a Don Iuan de la Guerra de los bienes contenidos, y expressados en las capitulaciones cōtenidas en estos autos fechas para el casamiēto del susodicho en conformidad del Vinculo, y Mayorazgo, q̃ fundaron Iuā Guerra, y Doña Luisa Lozano su muger en el tercio, y remaniente de quinto de sus bienes, cōfirmado, y aprobado por el dicho Iuan Guerra en su testamento debajo de cuya disposicion muriò, que parece le entregò quando se casò el dicho Don Iuan Guerra su hijo, y la dicha possession sea, y se entiēda en continuacion de la que el susodicho tenia de los dichos bienes, como subcessor del dicho Vinculo, y Mayorazgo: y assi mismo se entienda conforme a el dicho Testamento en los que estubieren en ser, y en los que faltaren se le deja su derecho a saluo para que siga su justicia, como le conuenga. Y en cōformidad de la reserua, y facultad, q̃ tubo el dicho IuāGuerra aprobada por el dicho D. Iuan su hijo en la dicha escriptura de capitulaciones, para poder nombrar despues de sus dias a vno de sus hijos, o nietos, para que pudiesse gozar el que nombrasse el vsofructo por sus dias del Molino, y oliuares del pago de las Caleras, y Mingo Andres, y por la q̃ assi mismo tubo, y le quedò reseruada para poder alterar los bienes expressados en el Vinculo, que hizieron el dicho Iuan Guerra, y su muger, segun, y como se contiene en el dicho Vinculo. y el nombramiento hecho en Don Diego de la Guerra, para que por sus dias goze el vsofructo del dicho Molino, y oliuar, mando se le dè la possession del a el dicho Don Diego. Y en quanto a la liquidacion del dicho Vinculo: sobre si cabe en el tercio, y quinto de la mejora se reserua p el juyzio de la particion, y en los demas derechos, q̃ deducen las partes se deja su derecho a saluo para que lo sigan como mas bien vieren, que les conuenga.

Deste auto en lo perjudicial, y en quanto a mādarle dar la possession del vsofructo de la dicha heredad a Don Diego Isidro apeló el dicho Don Iuan

y sin perjuyzio de la dicha apelacion pretende que el auto se dè por ninguno, o reuoque por contrario imperio, o que se declare tener effecto suspensiuo la apelacion del interpuesta, que son los dos articulos sobre que se vê el pleyto.

1. Esto supuesto en el hecho, y en el derecho, que el auto referido, de que va apellado por Don Iuan Guerra, se puede reuocar por otro imperio, y contrario juyzio; *ex lg. Quod iussit, ff. de re iudic. cap. Cũ cessante, 60. de appell. vbi (& vtrobique) omnes latê Dom. Salgad. de reg. protect. 1. part cap. 5 â num. 5. cum seqq & nouissimè Dom. Ioseph. Vela tom. 2. disert. 41. num. 43.* que se deba reuocar se persuade de las ponderaciones siguientes.

PRIMA PONDERATIO.

2. EN la escriptura de fundacion de Vinculo otorgada entre Iuan Guerra, y Doña Luisa Lozano su muger, bien que los dos se reseruaron simultaneamente el vsufructo de los bienes del dicho Vinculo; pero la alteracion del, y de sus clausulas, y llamamientos, Iuan Guerra solamente la reserbó, sin que suene voz de la dicha Doña Luisa en la reserua, ni hable como contrayente en la clausula en que se haze, como en todas las demas del contexto de la escriptura, ni se halle otra clausula alguna, en que apruebe la dicha reserua, ni en que le dé facultad, o poder a su marido para hazerla, o para obrar lo que en ella se expressá: esto se conoce cõ euidencia de la clausula, en q̃ fundan el dicho Vinculo, dizen: *Con particular cuydado que â de quedar, y queda en nos reserbado el gozo, y fructo de los bienes del, por los dias de nuestra vida, y del vltimo que de nos muriere, y expressa facultad a mi el dicho Iuan Guerra para que cada, y quando que me pareciere por mi testamento, o en otra manera lo pueda alterar, &c.* Quien dize que le queda facultád para alterar es Iuan Guerra; pero no dize

Doña

Doña Luisa, que se la dà y fundando el Vinculo de bienes igualmente de vno, y otro, para que en quãto a los bienes de ambos se entendiera hecha la reserua, ambos debieron hazerla, o en lo que no mandò, ni le dió facultad Doña Luisa, no abrà podido Iuan Guerra priuarle de su derecho, *argumento lg. 2. §. Quod si in patris, ff. solut. matrim. ibi: Et ergo promittendum erit, cui vterque iusserit, Cæterum si pater solus iussit dotis actio filiæ non erit adempta.*

3 No basta la generalidad de las palabras de la reserba del vsufructo antecedentes en la clausula, por que estas no comprehenden la facultad de alterar el Mayorazgo, *quia quantumvis verbum sit generale modificatur per personas ad quas se refert, Dom. Valenz. Velaz. tom. 1. cons. 97. num. 117. ex text. in lg. legata, ff. de suppellect. legat. ibi: Si tamen species certi numeri demonstratæ fuerint, modus generi datus in ijs speciebus intelligitur; & ex lg. Cum de Lanionis, §. Quidam, ff. de fund. instruct. ibi: An eadem omnia legato cederent, quoniam quædã enumerasset, Scæuola respondit, specialiter expressa, quæ legato cederent.* Y la facultad de alterar el Vinculo solo se refiere de Iuan Guerra, y solo por el se á de entender hecha la reserua, y no por Doña Luisa, q̃ no diò facultad, *quia factum dependet à facultatem prabẽte, Surd. de aliment. tit. 8. privileg. 51. num. 88. Dom. Valen. Velazq. tom. 1. cons. 87. num. 41.*

4 Las palàbras se deben entender en su significacion propria, *lg. 3. §. Hæc verba, ff. de negot. gest. ubi DD. Ioseph Mascard. de probat. vol. 1. concl. 672. num. 4.* Y aũque el acto, en que se pronuncian vbiera de ser nulo no impropriandose, con todo se debe atender antes a la propriedad de las palabras, que a la consistecia del acto, *Dom. D. Ioan. Bapt. de la Rea alleg. at. fisca. 37. num. 16. tom. 1. Mascard. de probat. vol. 1. concl. 607. n. 2.* Y en las palabras de la clausula referida no se puede hallar significaciõ, ni propriedad para q̃ la facultad de alterar el Vinculo la concediera Doña Luisa Lozano.

5 Y quando se trata de entender facultad, o poder concedido, siempre se interpreta strictamente, y las

las clausulas, ni las palabras se extienden, *lg. Non solum, §. fin, de procurat. ibi: Nisi constet ei à tutore mandatum nominatim Dom. Larrea decis. Granat. tom. 1. disp. 19 num. 10,*

6 Y aun en duda (y en esta clausula no la ay) la palabra, o clausula equiuoca, o dudosa se intrepreta y entiende por otra mas expressa, y clara, aunque sea en disposicion distincta, hecha con interualo de tiempo, *vt per DD. in lg. qui filiabus, ff. de legat. 1. & ex Surd. & Corn. tenet Dom. Valenz. Velazq. tom 1. cons. 63. num, 171.* Y que disposicion mas clara, y voluntad mas expressa, de que no la tubo la dicha Doña Luisa Lozano de darle facultad al dicho Iuan Guerra para q alterasse el Vinculo en la escriptura de la fundaciō, que confirmarlo pocos meses despues en el testamento con que murió llanamente, como lo dexaua fundado, sin cōcederle reserua a su marido para disponer cosa alguna? a sus hijos instituye por herederos: *guardando los susodichos en todo acontecimiēto el Vinculo que entre yo, y el dicho mi marido tenemos fecho ante el presente Escriuano.*

7 En qualquiera disposicion para euitar dudas *singula singulis debent refferri, cap. fin. vbi Ant. de Butr. notab. vlt. de stat. monach. lg. 1, §. Lex falcidia, vbi Bart. ff. ad leg. falci. Aymon Crauet. cons. 98, num. 11. Dom. Valenz. Velaz. tom. 2. cons. 121. num. 30. & cons. 171. num. 60* Y assi en la clausula referida de la fundacion del dicho Vinculo, la reserba del vsufructo de los bienes del se refiere a Iuan Guerra, y Doña Luisa Lozano, *Que à de quedar, y queda en nos reseruado el gozo, y fructo,* Y la facultad de alterarlo se refiere solo al dicho Iuan Guerra, *y expressa facultad à mi el dicho Iuan Guerra*, con que la inteligencia de la dicha clausula es llana.

6 Que la disposicion absoluta de cosa comun solo surte efecto en la parte del que dispone, como contra el Iurisconsulto Labeon decidierō los Cassio, y Trebatio *in lg. Serui electione, §. Labeo ait, ff. de legat. 1. & habetur in §. seq. Card. Mantic. de coniect. vltimar. volunt. lib. 9. tit. 1. num. 12.*

9. Pue

9 Puede quedar reparo en q̃ Doña Luisa Lozano quando no aya dado facultad a su marido para alterar el dicho Vinculo, se halló presente al oyrle reseruarse poder para hazerlo y con auerlo consentido parece que le diò facultad; pero lo contrario es sin cõtrouersia, y en proprios terminos de fundacion de Mayorazgo, *tenet Mierez de maiorat 1. part. quæst, 23. num 9, ibi: Et est etiam animaduertendum in hac materia, quod si maritus in præsentia vxoris faciat maioratum, & testetur de re vxoris, illi non præiudicat* & pauló post *quia patientia non præstat authoritatem extra iuris dispositioné*, & postea, *& ista conclusio in nostro proposito confirmatur, quia in mulieribus non præsumitur donatio, quia sunt auaræ*

PONDERATIO II.

10 AVN concedido, que el dicho *Iuan* Guerra tubiera poder de la dicha Doña Luisa Lozano su muger por la clausula referida para alterar el Vinculo en la parte que tocaua a la susodicha; con su muerte se extinguiò, y no auiendolo alterado en vida de la dicha Doña Luisa en virtud de su poder, no pudo el dicho Iuan Guerra hazerlo despues de muerta, *Quia morte mandantis extinguitur mandatum re integra, lg. Inter causas, ff. mandati, lg. Et quia ff. de iurisdict. omni. iudic. Fontanel. de pact nuptia. claus. 4. Glos 13. part. 1 num 45.*

11. La fundacion del dicho Vinculo tubo fuerça de voluntad vltima, aunque la disposicion fue de contracto, assi lo resuelbe *Dom. Molin. de Hispan. primog. lib 1. cap. 12. ex num. 1.* Y en proprios terminos de mejora de tercio, y quinto *num. 18. ex text. in lg. Si filia, § Si pater, ff. Famil hercis cum ibi: Non videri donationem; sed potius supremi iuditij diuisionem.* Y hasta la muerte d̃ la dicha Doña Luisa Lozano fue reuocable, porque fue de ambulatoria hasta entonçes, *lg. 4. ff. de adimend legat. lg. Cum hic status, §. Ait oratio, ff. de donat. inter. vir. & vxor. Menoch cons. 329. num. 6. Nouar. quæst forens. lib. 1 quæst. 68. num 8.*

12. De suerte, que con auer la dicha Doña Luisa Lozano aprobado, como aprobó por su testamento de 6 de Diziembre de 1640. con que muriò, el Vinculo que dejaua fundado absolutamente, sin concederle façultad al dicho su marido para que lo reuocara, o alterasse, aun auiendosela concedido en la escriptura de fundacion, quedó revocada con su testamento; porque siempre tubo dependencia la revocacion del Vinculo, de la dicha Doña Luisa, aunque la ubiera cometido al dicho Iuan Guerra: *Nam actus pendet à mandante & committente, non ab ex sequente, lg. Item eorū, §. Si decuriones, ff. Quodcuiusque uniuers. nomin lg. pater, ff. de manumiss vind, Solorzan. de iure. indiar. tom. 2. lib. 3 cap 26. num 60. Giurba cons. 29, num. 26.* Y con la disposiciō vltima derogô la primera, *lg. Pacta nouissima, Cod, de pact. Gama decis. Lusit. 50. num. 8. Card. Tusc. lit. P. concl. 451. Flamin de resignat. tom 1. lib 3 quest. 7. num. 10.*

13. La facultad, que se manda, o el poder que se cōcede para obrar algun acto; cessa quando el que dió el poder hizo el acto, para que lo diò. y si Doña Luisa Lozano diò facultad a su marido para que pudiera alterar los llamamientos del dicho Vinculo, confirmādolo la susodicha por su testamento, cessò la dicha facultad, *text. in lg. 1. §. Si sic, ff. de positi, ibi. Possum enim mutare voluntatem, & ante mortem tuam depositum repetere. lg. Si vero non remunerandi, § Si mandauero, ff. Mandati, ibi: Si mandauero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutauero, an sit mandati actio, vel mihi, vel haeredi meo, & ait Marcellus cessare mandati actionem, quia extinctum est mandatum finita voluntate, quod si mandaueris exigendam, deinde prohibuisti, exactamque recepisti debitor liberatur. Et in terminis ex Gloss. notabili in cap. Super eo, verbo alieno arbitrio, de cōditio. apposit tenet Castill. in lg. 34. Tauri. num. 2.*

PON-

14. A Ya tenido, y quedadole (sin perjuicio de la verdad) facultad al dicho Iuan Guerra para en la parte de bienes, que tocò a la dicha su muger alterar los llamamientos del Vinculo; concedido que la susodicha se la diesse por la escriptura de fundació, y que no se extinguiò, ni reuocó por su testamento, y muerte; con auer aprobado por el testamento de 14. de Março de 649. el dicho Vinculo, y fundadolo de nueuo vsando de la dicha facultad (que assi lo dize) a fauor de Don Iuan Guerra, primero llamado, como lo quedaua por la escriptura de fundacion no pudo alterar su llamamiento, ni le quedò facultad para en la parte que tocaua a su muger reuocar, ni modificar esta disposicion, *ex doctrina Gloss. singularis in lg. Quid quid astringendæ, ff. de verbor. obligat., vbi habetur, quod quando alicui competit ius declarandi à lege, vel ab homine, postquam semel declarauit, non potest amplius declarationē mutare quam Glossam ad hæc commendat, & summe notat Bart. ibi, & communiter DD. Bald. in cap. Canonum statutū de const. col. penult.*

15. Disponelo assi la ley 35. de Toro: *Que el Comissario no pueda revocar el testamento, que ubiere pon virtud de su poder vna vez fecho, ni pueda despues de hecho hazer Codicilio, aunque sea ad pias causas, y aunque reserbe en si el poder para lo reuocar, o para añadir, o menguar, o para hazer Codicilio, o declaracion alguna*, y obrando el dicho Iuan Guerra en quanto a la parte de hazienda de la Doña Luisa Lozano, como Comissario suyo: pues auia de ser en virtud de su poder, y como su Procurador que el Comissario lo es, *Castill. in lg. 35. num. 1. & lg. 31. Tauri, in princ.*) no pudo reuocar lo vna vez dispuesto en virtud del dicho poder, y facultad, y quedò priuado con la primera disposicion del derecho, y facultad, que se le concediò: *tenent Tellus Fernan. Anton. Gomez, Gomez Arias, & Castill. in d. lg. 35. Tauri, Matient. in lg. 9. tit. 4. lib. 5. Recop. Glos. 1. n. 1. ibidemq. Azeued.*

16. Decide el mismo caso deste litigio en terminos proprios de Vinculo, y mejora, *Mierez de maiorat, 1. part. quæst. 48. n. 45. ibi: Sed an liceat pœnitere patri, postquam virtute commissionis matris filium elegit ad maioratum, vel meliorationem, brebiter videtur, quod pater in hoc casu minime variare potest ex ratione, & dispositione legis 35. Tauri, quæ licet generaliter loquatur disponendo, quod executor non possit mutare testametum, quod semel fecit virtute comissionis, adhunc casum propter eandem rationem extendi debet, imo illum decidere videtur, & ita tenet Cifuent. in lg. 31. Taurina, num. 6.*

17. Y auiendo el dicho Don Iuan Guerra asistido al otorgamiento del dicho Testamento, y aceptado la mejora, y Vinculo que en el le hizo su padre, y consentido con juramento q̃ el dicho Vinculo se extẽdiera a su legitima (que aun sin juramento pudo consentirlo, y quedar irreuocable, *Dom. Moli de Hisp primog. lib. 2 cap. 3 num. 7.*) lo quedó, porque qualquiera disposicion de los bienes del tercio, queda irreuocable con el consentimiento del interesado, y con que el hijo cõsienta el grabamen, queda perfecto el Vinculo: *Dom. Larrea, ex Surd. Gratia. Suarez Mierez, Padill. Azeuedo. Peralta, Spino, Guttier, Angulo, & alijs tenet decis. Granat. 57. num. 3. tom. 2.*

PONDERATIO IIII.

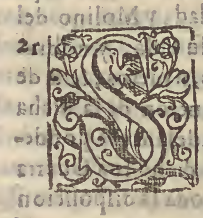
18 POR el testamento que en el mes d̃ Enero del año de 1651. otorgó el dicho Iuã Guerra, en que repetidamente vssa de la facultad de la dicha su muger, y haze, y aprueba el Vinculo fundado (aunque le minora algunos bienes) accetandolo, y consintiendo lo con juramento el dicho Don Iuan su hijo, no solo quedó irrebocable el dicho Vinculo en fauor del dicho Don Iuan, en quanto a la parte de los bienes de la dicha Doña Luisa Lozano su Madre (que ya lo estava) sino en quanto a los del dicho Iuan Guerra su Padre, que desde entonces no pudo reuocarlo, ni alterarlo

rarlo Es lugar decisiuo deste caso el de *Mierez de maior. 1. par. quæst. 22. num. 13 ibi: Secundo principaliter in fertur, quod si pater bis faciat eundem maioratum in eundem Filium de eisdem bonis, non licebit ei maioratum reuocare, quamuis non tradiderit possessionem, aut scripturam, nec contractus factus fuerit cum tertio; quam conclusionem (licet nullus teneat, vel tangat) ex iuris tamen regulis, & rationibus fundare possumus ex vi iteregeminationis, quæ multa habet in iure specialia prout infra dicetur.*

19. El señor Don Iuan Baptista Larrea sigue con *Bart. Caldas Perei. y Barbos. a Mierez in d. decis. Granatens. 57. tom. 2. num. 5. in fine, ibi: Et in terminis nostri casus, Mieres de maioratu, 1. part. quæst. 22. num. 13. ubi infert si pater faciat bis eundem maioratum in eundem filium de eisdem bonis non licebit maioratum reuocare, quamuis non tradiderit possessionem, aut scripturam, nec contractus fuerit cum tertio.* Y refiere auer determinado la Real Chancilleria de Granada en este caso en fauor de la irrebocabilidad del mayorazgo, *vt in num. 2 ibi: Sed tamen noster Senatus pro irreuocabilitate decreuit in maioratibus tertij, & quinti, quando ex filiorũ consensu instituti.*

20. Desuerte que el dicho Don Iuan Guerra se halla mejorado irreuocablemente, y llamado al Vinculo de todos los bienes, que se contienen en el testamento vltimo referido, y en el como en todos los demas instrumentos antecedentes, en que se funda el Vinculo, se expressan por bienes del el Molino, y caseria, pago caleras, y Mingo Andres, y las 170. arãçadas de oliuar de dicho pago, sin que en alguno de dichos instrumentos se reserue el vsufructo de la dicha heredad, ni se le gregue del Vinculo.

PONDERATIO V.

21. 

Vppuesta la irreuocabilidad del Vinculo por la geminacion de tantos actos, que aprueban, y cõfirman su fundacion; la escriptura de capitulaciones para el matrimonio entre el dicho D. Iuan Guerra

E

Guerra, y Doña Eluira de Humanes y Ahumada su muger no lo hizo irreuocable: pues ya lo estaua como queda probado en la ponderacion antecedente, y si algo obró de nueuo la dicha escriptura a fauor dē el dicho Don Iuan fue el entrego de algunos de los bienes del dicho Vinculo, y assi la repeticion, que en ella se hizo aprobando el dicho Iuan Guerra por lo que le tocaua, y tocaua a la dicha Doña Luisa Lozano su muger la mejora de tercio y quinto de vnos, y otros bienes, y Vinculo que dejaua irreuocablemente fundado por su vltimo testamento del año dē 51. fue superflua, y no puede perjudicar a la perfeccion è irreuocabilidad que ya tenia el Vinculo, *quia confirmatio inutilis, vel superflua non vitiat ea, quæ sunt vtilia de per se, ex doctrina Paul. de Castr. in lg. Cum quidam, §. Sed cum veteres, n. 2. Cod. de necess. seru. hæred. instit. & ex text. in cap. Post electionē, de conces. preben. vbi Panormit. Zasi. in lg. 3. §. Ex pluribus, num. 34. ff. de adquir. posses. Cauallin. millelo 773. num. 1. ex cap. Sacrorum, 12. quæst. 2. & est text. elegans in lg. forma, § fin. ff. de censib. Seneca lib. 9. Epist. 67. ibi: Quid accedere perfecto potest? nihil, aut perfectum non erat cui accessit.*

22. Por diferentes clausulas de la dicha escriptura de capitulaciones mejoró el dicho Iuan Guerra en todo el tercio, y quinto de sus bienes, y de la dicha Doña Luisa su muger al dicho Don Iuan su hijo absolutamēte, y le obligó a no reuocar en todo, ni en parte la dicha mejora, y Vinculo q̄ quedò irreuocable, (quādo no lo estubiera antecedente) por interuenir entrego de bienes, y otorgarsse por causa honerosa, y de matrimonio, *ex ll. 17. & 44. Tauri*, y dexando mandado irreuocablemente todo el tercio, y quinto al dicho Don Iuan, la reserua que en la dicha escriptura hizo del vsufructo de la heredad, y Molino del pago las caleras para gozarlo por su vida, y nōbrar otra la que le pareciera de sus hijos, o nietos, se á de entender sin perjuyzio, ni diminucion de la dicha mejora de tercio, y quinto, como adelante se ponderarà, porque no es de presumir q̄ el dicho Iuā Guerra corrigiera con la reserua referida toda la disposicion

dis

dispoſicion, que dexaua perfectamente ordenada: pues no ſe preſume mudança en la voluntad incõtinenti, *lg. Non ad ea, ff. de condit, & demonſtrat. Gratus conſ. 31. num. 29. lib. 2. Caſſanate conſ. 38. num. 29. Muta deciſ. 65. num. 3. Mantica de coniect. vlt, voluntat. lib. 12. tit. 1. num. 2.*

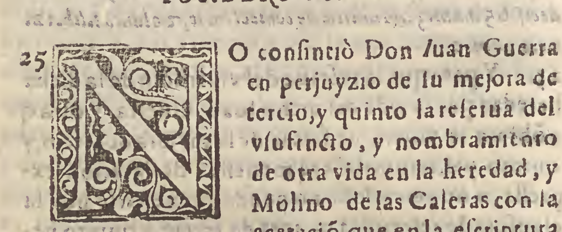
23. Y para que la reſerua del vſufructo de la dicha heredad por la vida del dicho Iuan Guerra, y otra q̃ nõbrara ſe vbiera de falcar de la mejora de tercio, y quinto, y diminuirla, era meneſter declaracion expreſſa, y no auiendola, no puede preuertirſe por la clauſula de reſerua, la mejora de tercio, y quinto hecha, y diſpueſta perfectamente en las clauſulas antecedẽtes. Es texto expreſſo deſte caſo la ley *Si te ſolũ §. Sed ſi te ff. de hared. inſtit. ibi: Sed ſi te haredem inſtituere, & deinde ſub conditione te eundem inſtituam: nihil valere ſequentem inſtitutionem, quia ſatis plena prior fuiſſet.* Cita la el Señor Dõ Iuan Baptiſta Larrea *deciſ. Granat. 60. num. 6.* A donde defiende que lo proueido perfectamente en vna clauſula no ſe reuoca por otra, aũque ſe contrarie, ſi expreſſamente no conſta de la reuocaciõ, ibi: *Imo, & quod plus eſt, ſi in prima clauſula rectè prouiſum, dummodo expreſſe de eius reuocatione nõ conſtet, de ſecunda, qua aliquo modo contrarietur nihil curandum, vt argumento text. notabilis in lg. Si te ſolum, &c.*

24. Con la reſerua del dicho vſufructo, y nõbramiento de otra vida deſpues de la del dicho Iuan Guerra, no ſe puede alterar ni diminuir la mejora d̃ tercio, y quinto hecha en el dicho D. Iuan, porq̃ eſta lo fue abſoluta y perfectamente d̃ todos los bienes y no ay en la eſcriptura de capitulaciones clauſula (ni la de la dicha reſerua) q̃ modera la dicha mejora, ni ſaq̃ della el vſufructo de la dicha heredad, de ſuerte que quando aya podido el dicho Iuan Guerra reſeruar el dicho vſufructo, y nombramiento de otra vida en el ſerá ſin perjuyzio de la mejora, y ſin tocer de de ſu diſpoſicion, es texto celebre la ley *Militis Codicilis, §. Miles, ff. de teſtam milit. ibi: Prioribus tabulis tantum abſtuliſſe videbitur, quantum in poſteriores contuliſſet:* mejor la ley *alumna, §. Qui filias ff. de aliment. legat.*

ibi

ibi: Respondi: non à tota voluntate recessum videri, sed ab his tantum rebus, quas reformasset.

PONDERATIO VI.

25 
O consintiò Don Iuan Guerra en perjuyzio de su mejora de tercio, y quinto la reserua del vsufructo, y nombramiento de otra vida en la heredad, y Molino de las Caleras con la acetaciõ, que en la escriptura de capitulaciones hizo de la promessa, y entrego de bienes, aprobando, y ratificando lo tratado en dicha escriptura (que es en lo que mas se insiste de contrario) porque si (como queda aduertido) era ya el dicho Don Iuan irreuocablemente llamado al Vinculo, fundado de la dicha mejora, cuya mitad le tocaua por la herẽcia de Doña Luisa Lozano su madre, no pudo sin renunciar el derecho, que tenia adquirido a todo el tercio, y quinto enteramente de los bienes de sus padres consentir la dicha reserua, en quanto al nombramiẽto de otra vida despues de la del dicho Iuan Guerra, y en la escriptura no se halla clausula de renunciacion de este derecho, y en duda no se presume *ex vulg. in lg. Cum de indebito. ff. de probat. lg. fin. § sin autem, Cod. arbitr. tutel. Math. de Afflict. decis. Neapol. 13. num. 14. Mutta decis. 71. num. 4. & ex Aristot. lib. 3. Ethicor. cap. 1. Nemo,* inquit, *suas fortunas sponte eijcit.*

26. Sin causa no se presume, ni vale renunciaciõ, porque siempre se regula por la causa, que vbo para hazerla, *Dom. Valenz. Velazq. cons. 73. num. 16. & 20. tom. 1.* Y qual puede hallarse en las capitulaciones referidas para que el dicho Don Iuan renunciara consintiendo el vsufructo de la dicha heredad por otra vida, despues de la de su padre, en tanta diminuciõ, y perjuzio de su mejora de tercio y quinto? pues si vbiera de poder el dicho Iuan Guerra en virtud de este consentimiento mejorar (como quiso hazerlo)

a Don Diego Isidro su segundo hijo en el vsofructo de la dicha heredad por su vida, quedara perjudicado el dicho Don Iuan en su mejora de tercio, y quinto,(que dos no puede auer) para que valiera la del dicho vsofructo, en mas de ocho mil ducados, aunque el dicho Iuan Guerra lo estima en quatro, y asi no auiendo causa, ni constando de renunciacion expressa no se debe presumir. *Dom. Valenz. Velaz cons. 61. num 6. tom 1.* Pues nadie se presume quiere renunciar derecho adquirido *Steph. Gratia. discept. forens. tom 5. cap. 867. num 15.*

27. La escriptura de capitulaciones se otorgó a fin de que el dicho Iuan Guerra entregara a Don Iuã su hijo bienes para los gastos del matrimonio con Doña Eluira de Humanes, y Ahumada (que es siempre la causa de estas escripturas) y aprobara el Vinculo, y mejora, que tenia hecha en su fauor en consideracion de la calidad de la dicha Doña Eluira, y de 10ꝫ ducados de dote que Antonio de los Reyes Almoguera su padre le ofreciô, y con efecto tiene entregados, y si de la dicha escriptura resultara auerse perjudicado el dicho Don Iuan en su mejora en mas de 8ꝫ. ducados, que importará el vsufructo de la dicha heredad, justamente pudiera quejarse con Casiodoro *lib. 4. variar. cap. 27. detestabilis quidem est omnis iniuria, & quidquid contra leges admittitur iusta execratione damnatur; sed malorum omnium probatur extremum inde detrimenta suscipere, vnde credebantur auxilia prouenire.*

28. No pudo venir en consideracion de Don Iuan Guerra, que otorgar con su padre escriptura de capitulaciones (que siempre suena aumento, y fauor del hijo) para cassarse, y con persona de calidad, y con 10ꝫ. ducados de dote, auia de contener renunciacion de mejora, y derecho suyo, y aûque la huviera hecho siendo en acto otorgado a diferente fin, no surtiera effecto, *Gratia. discept. forens. tom. 5. cap. 948. num. 40. & 41.* que no obran los actos *vltra intentionem agentium, lg. Non omnis ff. Si certum petat. lg. in agris, ff. de adquir. rer. Dom. Card. Tusc.*

 lit.

litt, A. conclus. 125. Rotta Rom. apud Farinat, decis. 555. num. 4. tom. 2. part. 1. ni actos otorgados para aumento debẽ obrar diminucion, *vt ex lg. siquis mancipia. ff. de Surd instruct. & ex Paulo de Castr. cons. 307. vol. 2, & vol. 1. cons. 31. tenet Dom. Valenz. Velaz cons. 94 num. 31. tom. 1.*

29. Y assi la clausula de acetacion de la dicha escriptura de capitulaciones, en que acetò, y aprobô el dicho Don Iuan Guerra lo en ella contenido no le perjudica a su mejora, ni de la dicha clausula se puede inducir renunciacion, porque estando despues de la disposicion de la escriptura en las clausulas vltimas executiuas no se presume puesta de voluntad del dicho Don Iuan sino de estilo del Escriuano. *Deci. cons. 305. num. 7 & in lg. fin, num. 21. Cod. de pact. & in lg. Non omnis, ff. Si certum petat. Ant. Gom. tom. 2, variar. cap. 4, n. 22. Dom. Prases Couarr. in rubr. de testam. 2, part. num. 11 & 13. vbi plures refert Rotand. à Valle cons. 8, num. 14, lib. 2, Guttier. in tr act de iuram. confirmat. 1, part. cap. 12, num. 5.* Y aunque opinan lo contrario algunos, se entiende quãdo la clausula es especial, y contiene derogacion, o aprobacion de lo dispositiuo de la escriptura, que entonces en qualquiera parte que se inserte, se presume de voluntad de los contrayentes; pero quando es general, como lo es la de la dicha escriptura, no altera, ni aprueba lo dispositiuo; assi concuerda esta diuersidad de opiniones Gutt. *vbi supra, Ant. Gabr. lib. 2, commun. opinio. tit. de iure iur. num. 3. & 4. Fontanel. de pact. nuptial. claus. 4 Glos. 21. part 2. n. 72,* respecto de lo qual no perjudica al dicho Don Iuan la clausula referida de acetacion.

30 Porque las clausulas puestas de estilo de los Escriuanos no se deben atẽder *Calderi. cons. 4 ad tit. de reb. Eccles. Ruin. cons. 69, num 6, lib 1.* Y en propios terminos que las clausulas puestas de estilo de los Escriuanos no obren effecto alguno, *tenet Bart. in lg. 1, num. 10 ff. de iur. codic. Menoch. lib 3, prasump. 115. num. 44. Gratiar. discep forens. tom. 1, cap. 116, num. 23.* Principalmente siendo accessorias, que siempre se

presume

presumen de estilo de los Escriuanos *tenet ex Bart. Neuizan. Ripa. & alijs, Marta de claus. 4. part. claus. 21. num, 10. quos omnes refert, & sequitur Dom. Larrea decis, Granat. tom. 1, disput, 7. num. 24.*

31 Y euidentemente se conoce que la dicha clausula de acetacion de la escriptura de capitulaciones la otorgó el dicho Don Iuan solo con animo, y a fin de acetar lo dispuesto en su fauor, y no á de obrar daño tan grande, como induzirse de la dicha acetacion, renunciacion de mas de 8ϑ. ducados, porque las clausulas puestas a vn fin, no puede obrar otro *ex lg. Legata inutiliter, ff. de adim legat. Rebuf. respons. 57. vers. Nec me mouet, Aymon Crauet. cons. 231. num. 10.* Y las clausulas que se ponen para calificar vn caso solo a aquel se extienden, sin poderse referir a otro, *lg Filium, in princ. ff. Quando dies legat. cedat. Alexand cons. 158 num. 7. lib. 6.* Desuerte q̃ la clausula de acetacion del dicho Don Iuan puesta a fin de contraer matrimonio con la dicha Doña Eluira (que solo esto pudo venir entonces en consideracion suya, no auiendose hallado en la disposicion de las capitulaciones, y otorgado la escriptura en casa distinta de donde la otorgaron los dichos Iuan Guerra, y Antonio de los Reyes, como se conoce de su otorgamiento) no debe extenderse a otro caso de renunciacion, o consentimiento, q̃ le perjudique: assi lo defiende con los fundamentos, y autores referidos en este numero *Dom. Valenu. Velaz, cons. 85. num. 32, cum seqq tom. 1.*

32. Pudiera quedar reparo en el juramento q̃ el dicho Don Iuan hizo en la dicha clausula, para que en su virtud *per cap. Quamuis pactum de pact in 6* debiera guardar todo lo que se condiciona, y capitula en la dicha escriptura, si el juramento no estubiera tan limitadamente interpuesto, que solo se extiende a la palabra, que reciprocamente se dieron el dicho Don Iuan, y la dicha Doña Eluira: pues solo esto juraron; con que no queda el reparo, ni duda, y aun auiendola sobre las palabras del juramento, y sobre para que casos se interpuso, debe

debe entenderse solamẽte sobre lo expressado en la clausula de la interposiciõ del dicho jurameto, *Quia non extenditur ad ea de quibus non est cogitatum, argumẽto lg. Tres fratres, ff de pact. lg. Cum ex quiliana, ff de transact. Ceuall. comm. contr. comm quaest. 171. n. 5.* Mayormẽte en contracto entre padre, y hijo, y en que se quiere inducir renunciacion de legitima, q̃ es menester clausula expressa demas del juramento, de no reuocar la renunciacion, o donacion, *vt ex Segur. Didac. Perez. Menocb. Alciat. & alijs tenet Fontanel. de pact. nupt claus. 4, Glos. 7. part. 3, num. 64.*

PONDERATIO VII.

AVNQVE la clausula de aceptacion y aprobacion de la escriptura de capitulaciones surta efecto contra el dicho Don Iuan, por euitar la superfluydad; que en qualquiera disposicion se debe euitar *Dom. Valenz. Velazq cons. 113 num. 83. tom. 2.* El que puede surtir (quando sin perjuycio de la verdad hubiera con la aceptacion de la dicha escriptura consentido expressamẽte la reserua, que su padre hizo de gozar del vsufructo de la dicha heredad por su vida, y de nombrar otra) es que sin alterar la mejora de tercio y quinto, hecha ya perfectamẽte en fauor del dicho Don Iuan, pudiera el dicho su padre nombrar otra vida de sus hijos en el dicho vsufructo señalandoselo para en quenta, y pago de la legitima del que nombrara, y sin que por esto se hubiera de diminuir la dicha mejora de tercio, y quinto, sino acabalarsela en otros bienes, si se le quitara el dicho vsufructo, ni que por la dicha reserua, y consentimiento pudiera el dicho Iuan Guerra nombrar otra vida de sus hijos, mejorando en ella al nombrado, que esto fuera en perjuyzio de la mejora dicha, y este entendimiento se arguye de las razones siguientes.

23 Puede el padre señalar al hijo su legitima en

cal

tal cosa cierta en todo, o en parte, *tenet Menoch. de arbitrar. lib. 2. cent. 2 cas. 163. num. 1 per text. in lg. Scimus, §. Repletionem, Cod. de inoffit. testam & Aluar. Valas. in praxi prart. cap. 18. num. 13. & 16. per text. in lg. Quoties, Cod. Famil. Hercisc. Ayora de partit. 2. part. quæst. 28. num. 7* Esto no pudiera hazer Iuan Guerra con Don Diego Isidro su hijo en el vsufructo de la dicha heredad, de que se compone la mejora irrevocable de tercio y quinto sino hubiera reseruado, consintiendolo Don Iuan, nombrar en el, otra despues de su vida; y esto solo puede hazer por la dicha reserua, que basta para que no sea superflua, y surta algun effecto.

35. Otro alguno, puede obrar, pues no puede reuocacion de la dicha mejora de tercio, y quinto, como se prueba en la ponderacion 5. que fue perfectamente irrevocable, como en las ponderaciones 3, y 4, *ad quod facit, lg. Vero procuratori, ff. de solut. ibi: quia certam conditionem habuit stipulatio; quam mutare non potuit stipulator, lg. Si post mortem, § fin. ff. de bonor. posses. contr. tabul. lg. fin ff. de pact. cum latè adductis per DD. in lg. Qui Roma, §. Flabius, ff. de verbor. obligat. Iason in lg. 2. vers. Pro hac parte, Cod. de iure emphyt.*

36. Y la reserua de nombrar en el vsofructo de la dicha heredad, entregada por mejora a Dō Iuā, otra vida, despues de la del dicho Iuan Guerra, no puede entenderse de otra suerte, que sin perjuycio de la mejora dicha, *Nam iura eius, cui primo est facta concessio in secunda semper videntur reseruata, Bald. in cap. 1. num. 4, de capit. qui cur. vend. vbi Andreas de Isern. Vincent. de Anna. allegat. 64. num 15. & seqq. & allegat. 53. & num. 19. sing. 72. Curt. Iun. cons. 174. num. 23.* Ni se puede inducir de la dicha reserua perjuycio en la mejora, porque no pudiendo perjudicarle en ella (que ya estaua irrevocable) no se presume reseruò el dicho Iuan Guerra lo que no pudo, *Quia actus in dubio ex agentis potestate recipit interpretationem, qui creditur noluisse, quod non potuit, lg. Lucius, §. imperatores, ff. ad municip. cap. à nobis, de sentent.* excomu-

excommunic. Ripa in lg. Naturaliter, §. Nihil commune. num. 107. de adquir. possess. Y assi para que valga la dicha reserua, y surta effecto á de entenderse hecha en la forma referida, que es en la possible.

37. Quando hubiera duda en la forma, en que se hizo la reserva por el dicho Juan Guerra; si fue para poder perjudicar con el nombramiento de otra vida despues de la suya la mejora de tercio, y quinto; o para poder señalar el dicho nombramiẽto por legitima a Don Diego Isidro, se debia entẽder hecha para esto vltimo, q̃ es para lo que tenia poder, y no para lo primero, en que le obstaua la irrebocabilidad de la mejora, *quia actus gestus ab habente duplicem potestatem, præsumitur ex validiori, & ea secundum, quam possit saluari, & substineri; ita Abbas in cap. nisi essent, num 4 de præbend. allegans textum in lg. 3 ff. de milit. testam. Surd. de aliment. tit. 2. quæst. 1. num. 16. & tit. 9. quæst. 16. num. 526. Perez de Lara lib. 2. de aniuers. cap. 9 num. 20. & seqq. Stephan. Grat. decis. Rot. March. 51. num. 30. Dom. Valenz. Velazq. tom. 2. cons. 121. num. 23.*

38. Esta duda, que pudiera auer, cessa con que la parte de Don Diego Isidro en los escriptos, que à presentado en el pleyto en el 3. de Nouiẽbre, y en el de 31. de Otubre deste año de 53. confiessa que solo pretende el vsufructo de la dicha heredad, y el nombramiento en el por cuenta de su legitima, y no por mejora, y la confession de la parte quita toda duda, y haze la cosa notoria. *Steph. Gratian. discept. forens. tom. 1. cap. 142. num. 7. 10. & 12. Domin. Valenz. Velaz. tom. 2. cons. 141. num. 27. & seqq.*

PONDERATIO. VIII.

39. IVstamente se contenta Don Diego Isidro cõ que el nombramiento en el dicho vsufructo sea en pago de su legitima, y no por mejora, porque no pudo hazer otra el dicho Iuan Guerra cantidad alguna; auiendo hecho irrevocablemente la en fauor de D. Iuan su hijo mayor, q̃ cõsume

todo

todo el tercio, y quinto, *vt ex lg, 10 tit, 6. lib 5 Recopilat quæ fuit Tauri, 26, ibi: E que la tal donacion sequente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que a el, ni a otro no pueda mejorar mas, de lo que mas fuere el valor del dicho tercio, y quinto; e si de mayor valor fuere mandamos que vala hasta en la cantidad del dicho tercio, y quinto, y legitima, & ex lg 7 tit 12 lib 3 fori ibi: E si mas diere no vale la donacion mas de en aquello, que puede dar, Gutierrez in tract. de meliorat. in lg. 12 Gloss. 1, num 6, Domin. Valenz. Velazq. tom. 2 cons 134. num 25 & 26.*

40 Parece que conuencido en que no puede tocarle el dicho vsufructo por mejora, quiere lleuarlo el dicho Don Diego por donacion (que siempre fuera mejora, *ex d. lg. 26. Tauri, ibi: Aunque no digan q̃ lo mejorã en el tercio, o en el quinto, entiendase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes.*) o por entrego de capital, para que en la collacion, a que forçosamente lo à de traer (caso que obtenga el dicho entrego) en la particion de las herencias de sus padres, que se està siguiendo no se saque la mejora de Don Iuan del dicho vsufructo, ni de los demas bienes que se le entregaron en el capital, *per lg. 25 Tauri 9 tit. 6 lib. 5 Recop.*

41 Pero no tocandole por mejora el dicho vsufructo se à de sacar del, y de los demas bienes entregados la antecedentemente hecha del tercio, y quinto, *vt in terminis Tell. Fernand. in d. lg. 25 Taur. num. 3. Angul. de meliorat. lg. 9. Gloss. 1, num. 2, & Gloss. 1 num 3. Matien. d. lg. 9. tit. 6 lib, 5, Recop, Gloss. 2 et ten. Gutierrez lib. 2, pract. quæst. 62, per tot. Ayora de partit. 3. part. quæst. 27* (Que en propios terminos desembuelue el caso de este litigio) ibi: *El padre, o madre, que diò este heredamiento en dote a la hija en menos de lo que valia, tenia mejorado por contrato irreuocable a vno de sus hijos en el tercio, y quinto de sus bienes, o lo mejorò despues: si podran pedir todos esta demasia, que valia mas este heredamiento al marido que la recibiò a solo el mejorado? Respondeo: Que si la mejora fue hecha antes, que el padre, o madre diesse la dote a la hermana, como està dicho, sine*

dubio, podra pedir solo el mejorado esta demasia, que valia mas esta heredad de los dos mil ducados, en q̃ fue apreciada, si la mejora fue hecha por contrato irreuocable conforme a la ley 17 de Toro, porque no pudo despues hazer donacion del quinto a otro.

PONDERATIO IX.

Conduce la doctrina referida de Ayora a que D. Diego Isidro llebe (quando aya de adjudicarsele en la partició el dicho vsufructo) estimado en lo q̃ valga justamẽte, *vt in celebri, lg. hereditatũ, 68. vbi omnes ff. ad leg. falcid.* sin atender, a q̃ se lo aya entregado su padre en 4U. ducados, porque aunque puede señalar la legitima en cosa cierta, la que le pareciere, como queda dicho en la pōderacion 7. se entiende: *Dum absit dolus, vt resoluit Menoch. lib. 2, de arbitr. cent. 2 cas. 163. relatus â Vasco in prax. part. cap. 19. num. 25. ad quod faciunt tradita per Matient. in lg. 3. tit. 6. lib. 5. Recōp. Glos. 1. n. 2.*

43. Si pudiera el dicho Iuan Guerra señalar a D. Diego Ysidro su legitima determinadamente en el dicho vsufructo, y otros bienes, y los ubiera de llebar en la estimacion en que los apreció, valiendo la mitad mas; aunque no se los entregara por mejora lo fuera, que la ley no atiende a las palabras sino al effecto, *lg. fin. Cod. de vsur. lg. 2, Cod. commu. delegat. Dom. Molin. de Hispan. primog. lib. 1, cap. 8 n. 19*, Y se siguiera poder perjudicar la mejora antecedēte irrebocable de tercio, y quinto, que no puede, como se prueba en la ponderacion 8. *Et in simili tenet Angul tract. de meliorat. d. lg. 9, Gloss. 1. num. 2, ibi: Omnis tamen fraus abesse debet, adesset autem si patri permitteretur taliter donare in praiuditium praecedentis meliorationis irrebocabiliter facta, quam ita lex irrebocabilem iudicat, vt per secundam minui non possit.*

PONDERATIO X

Reducido a dilema, o se le mandò dar la possesion a Don Diego Ysidro del dicho vsufructo, como de mejora, y esto, ni lo pide, ni

tiene

tiene derecho para cōseguirlo: pues aū siēdo mejorado no le competia el remedio possessorio de la ley de Suria, y Edicto del Diuo Adriano *Roder. Suarez in rep lg Quoniam, Cod. de inoffit. testam. in declarat. lg. regn. quæst. 7 num. 19. Azev. in lg. 3, tit. 13. lib. 4. Recop. num. 16, Menoch. de adipisc. rem. 4, quæst. 7 & 18.* O por la legitima, y en pago de lo que pudiera tocarle, y en este caso tan poco le cōpitiera el remedio possessorio, *Suarez, vbi supra, num. 12, ex Bald. in lg. Si quis suo, Cod. de inoffit testam* Y en propios terminos ibi *Si tamen esset institutus in rebus certis, tunc indistincte videtur concludere, quod de manu hæredis deberet capere, Men. de adipisc. rem. 4, quæst 22, num. 158. & 642. Achiles de adipisc. num. 429.* De suerte, que ni por mejora (que no lo pide ni puede D, Diego) ni por quenta de su legitima (q̄ esto à de ser en el juizio de particion) pudo darsele possessiō del dicho vsufructo, y asi se espera se reuoque el auto, en q̄ se le mandó dar por los superiores ante quienes pē de el conocimiento, a cuya causa no se informa sobre el segundo Articulo; si la apelacion del dicho auto tiene effecto suspensiuo, porque con la reuocacion cess[illegible] D, V. C.

Lic. Don Alonso Romero.